

Lucas Nogueira Rodrigues da SILVA¹
Gisele Mendes de CARVALHO²

Journal Law
n. 34 p. 17-47
jan/jun 2021

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INFINDÁVEL CONTRADIÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ENQUANTO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO DIREITO PENAL

THE ENEMY'S CRIMINAL LAW AND ITS ENDLESS CONTRADICTION WITH THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON, AS A STRUCTURING PRINCIPLE OF CRIMINAL LAW

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU INFINITA CONTRADICCIÓN CON LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, COMO PRINCIPIO ESTRUCTURADOR DEL DERECHO PENALb

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Dos princípios estruturantes do Direito Penal. Corolários do primado da Dignidade da Pessoa Humana; 2.1. Dos princípios ínsitos à legitimidade do Direito Penal; 2.2. Dignidade da pessoa humana como pedra angular dos princípios do Direito Penal; 2.3. Da aplicação concreta da lei penal. Dificuldades e incongruências apontados pela criminologia, enquanto ciência empírica; 2.4. O fenômeno da expansão do Direito Penal, na contra-mão dos princípios de regência; 3. Direito Penal do Inimigo: Negação do Direito Penal; 3.1. Adoção da figura de “inimigos” ao longo da história e filosofia; 3.2. A sistematização da teoria do Direito Penal do Inimigo por Günther Jakobs. Uma nova “velocidade” do Direito Penal; 4. Da inadmissibilidade da adoção de “inimigos” pelo Estado de Direito; 5. Conclusão; Referências.

Como citar este artigo:

SILVA, Lucas, CARVALHO, Gisele. O direito penal do inimigo e sua infindável contradição com a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante do direito penal. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 34, 2021, p. 17-47.

Data da submissão:
11/06/2019

Data da aprovação:
20/09/2020

1. Universidade Estadual do Norte do Paraná - Brasil
2. Universidade Estadual de Maringá - Brasil

RESUMO:

Será analisada a (in)compatibilidade existente entre o Direito Penal clássico, cujos princípios estruturais, embora tenham sua eficácia questionada à luz da realidade prática, buscam sua legitimidade no respeito à dignidade da pessoa humana, e a teoria do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, a qual autoriza que, em determinados momentos, pudessem ser instituídos “inimigos” da sociedade, pelo fato de adotarem reiteradamente comportamentos contrários às normas de convivência, e, de tal modo, não fariam jus à aplicação das normas estabelecidas para todo o restante da população, especialmente de seus direitos e garantias fundamentais. Adotou-se o método indutivo para consecução do trabalho.

ABSTRACT:

This paper studies the existent incompatibility between the classical criminal law, which structurant principles, however can have its efficiency questioned, in view of the reality, search their legitimacy in the respect to the dignity of the human person, and the Criminal Law of the Enemy theory, systematized by Jakobs, which conceive that, in certain moments, it could be created society's enemies, in reason of their repeated adoption of behaviors contrary to norms of coexistence, to whose wouldn't be applied the norms established to the rest of the population, mainly in what concerns to the fundamental rights and guarantees. The inductive method was adopted to achieve the study.

RESUMEN:

Se analizará la (in)compatibilidad existente entre el derecho penal clásico, cuyos principios estructurales, aunque su efectividad se cuestiona a la luz de la realidad práctica, buscan su legitimidad con respecto a la dignidad de la persona humana y la teoría del derecho penal del enemigo, por Jakobs, que autoriza que, en ciertos momentos, se puedan instituir “enemigos” de la sociedad, porque adoptan repetidamente comportamientos contrarios a las normas de convivencia y, de tal manera, no tendrían derecho a la aplicación de las reglas establecidas para todo los demás, especialmente sus derechos y garantías fundamentales. Se adoptó el método inductivo para llevar a cabo el trabajo.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Penal; Dignidade da Pessoa Humana; Criminologia; Direito Penal do Inimigo.

KEYWORDS:

Criminal Law; Dignity of the Human Person; Criminology; Criminal Law of the Enemy.

PALAVRAS-CLAVE:

Derecho Penal; Dignidad de la persona humana; Criminología; Derecho penal del inimigo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar a sistemática do Direito Penal do Inimigo, nos termos em que concebida por Günther Jakobs, e contrapor os seus preceitos à sistemática constitucional brasileira, especialmente no que diz respeito aos princípios aplicáveis em matéria penal, positivados em nosso texto maior.

Para tanto, serão analisados, em primeiro plano, alguns dos princípios reitores do Direito Penal, como a proporcionalidade, subsidiariedade, legalidade, humanidade das penas, prevenção (geral e especial). Será destacado, de um modo mais sensível, a influência do princípio da dignidade da pessoa humana, pela sua centralidade à análise a ser realizada sobre o instituto do Direito Penal do Inimigo. No entanto, para não cerrar os olhos à realidade ontológica da atuação concreta do sistema penal, de modo especial em relação às conclusões demonstradas pela criminologia crítica, serão apreciadas algumas de suas constatações da atuação do arcabouço penal e suas consequências práticas, e de que modo essas constatações reforçam a necessidade da defesa discursiva de um direito penal constitucionalizado.

Em continuidade, será realizada uma revisão bibliográfica sobre a teoria sistematizada por Jakobs, seus pressupostos, bases filosóficas, históricas e fundamentos, que sustentam a tese da convivência, na realidade social, entre duas modalidades de direito penal: aquele que se destina aos cidadãos comuns e aquele endereçado aos inimigos de uma dada socie-

dade.

Por derradeiro, serão contrapostos os fundamentos de um direito penal que busca o seu embasamento nos predicado da dignidade da pessoa humana, para aferir de modo e em que grau este conflitaria com a concepção de Günther Jakobs.

Justifica-se a pesquisa pelo fato de que, muito embora academia possua uma certa unicidade na crítica às acepções do Direito Penal do Inimigo, o que se tem visto é um Direito Penal cada vez mais expansivo e supressor de garantias dos acusados, de caráter eficientista, de modo que a análise teórica do Direito Penal e o reforço do discurso pela necessidade de sua constante constitucionalização e aprimoramento, possui inegável relevância social para que se tente reduzir a violência ínsita ao sistema penal e a política criminal praticadas nos tempos hodiernos.

Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método indutivo, além dos meios de pesquisa eletrônico, documental e bibliográficos. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos e leituras complementares e também análise de dados.

2. DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PENAL. COROLÁRIOS DO PRIMADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. Dos princípios ínsitos à legitimidade do Direito Penal

Os fundamentos clássicos estruturantes do Direito Penal possuem, como um de seus grandes marcos, a obra do “Marquês de Beccaria”, Cesare Bonesana, denominada “Dos Delitos e das Penas”, publicada originalmente no ano de 1764, onde o aludido autor lança as premissas de um ideário de “humanização” do sistema penal, tecendo contundentes críticas a uma série de métodos de punição adotados à época da disponibilização da obra, como: a pena de morte, largamente utilizada nos suplicios medievais.¹

Quanto à pena capital, por exemplo, sustentava o Marquês de Beccaria que os efeitos que esta visava incutir no povo eram falhos, haja vista a rapidez e facilidade com que o acontecimento se apagaria da memória dos homens, consistindo, deste modo, em um mero espetáculo. Não obstante, era funesta ao corpo social, diante dos exemplos de crueldade que

eram apresentados à população.²

Dentre outras lições fartamente adotadas como basilares pelo Direito Penal, no período subsequente à obra de Beccaria, especial relevo ganha a questão da proporcionalidade das penas, onde o aristocrata milanês atribuía ao legislador o papel de um “arquiteto hábil”, responsável por estabelecer divisões proporcionais das penas aos respectivos delitos, evitando, sobretudo, a aplicação de menores castigos aos maiores crimes.³

A importância da proporcionalidade se assenta em duas premissas básicas: a primeira delas de que, no âmbito de um Estado democrático de Direito, modelo este no qual a liberdade, ao menos em tese, norteia toda a ação estatal, se faz imperiosa a imposição de limites à ação estatal arbitrária, esta responsável por reduzir as esferas de liberdade assentadas nas Constituições, de modo desnecessário ou excessivo.⁴

A segunda premissa cinge-se à constatação de que o Direito Penal deveria, ao menos hipoteticamente, consistir na *ultima ratio* do ordenamento jurídico, manejado apenas para coibir e sancionar condutas que, em razão de sua gravidade, não encontrariam uma resposta adequada dos demais ramos do direito, o que justificaria seu caráter subsidiário, tendo em vista que, como pondera Fabio Roberto D’Avila, toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador, resulta de uma “ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade”⁵, demandando, assim, grande parcimônia e prudência em sua aplicação.

Em meio à subsidiariedade que deveria guarnecer o direito penal, impõe destacar para a função precípua de tutela de bens jurídicos mais caros à sociedade, os quais consistem em entes materiais ou imateriais hauridos do contexto social para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, e que gozam, por consequência, de proteção jurídico-penal.⁶ Ao reconhecermos o direito penal como mecanismo de proteção de bens jurídicos de grande reconhecimento social, exsurge a conclusão de que nenhum dano, por mais grave que, *a priori*, aparente, será considerado penalmente relevante, caso não implique em ofensividade a um bem jurídico protegido.⁷

Outro notório princípio de regência do Direito Penal é o princípio da legalidade, ou, ainda, da taxatividade da norma penal incriminadora. No âmbito pátrio, o aludido princípio foi elevado à categoria de norma

constitucional, por força do disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que assenta que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Pode-se afirmar que a precitada disposição constitucional, dotada de eficácia plena e aplicabilidade imediata⁸, desde sua posituação, consiste na “espinha dorsal” do ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao Direito Penal, mormente pela sua imposição de limites à atuação estatal, delimitando o *jus puniendi* à margem da estrita legalidade.

Em sua clássica obra, voltada ao desenvolvimento da teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli aponta que a consequência da observância do princípio da legalidade, ou reserva legal, nos termos deste o autor, consiste na submissão do juiz à lei:

O juiz não pode qualificar como de todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena.⁹

A importância atribuída por Ferrajoli ao princípio da legalidade é tamanha, que o autor atrela o primeiro significado, dos três possíveis de se atribuir ao garantismo, a um modelo normativo em que haja estrita observância ao princípio da legalidade, o qual teria por consectários a minimização da violência, concomitantemente à maximização da liberdade, no plano político, e a vinculação do *jus puniendi* do Estado ao respeito às garantias dos direitos dos cidadãos, no plano jurídico. Deste modo, seria possível considerar garantista todo e qualquer sistema penal apto a se conformar normativamente com a observância do princípio da legalidade.¹⁰

Para os fins do presente artigo, atribuímos relevância ao princípio de humanidade das penas, que tem por corolário a vedação de penas que, de qualquer forma, possam desconsiderar o homem como pessoa. Como pondera Zaffaroni, embora haja uma legitimação para a imposição de penas àqueles que estejam “pagando suas culpas”, é estritamente defeso que coexistam, neste mesmo sistema, “cidadãos de segunda”, considerados afetados por uma diminuição dos direitos que lhe são inatos, por toda a vida, ou “*capitis diminutio*”, nos dizeres do jurista argentino.¹¹

Em sequência, após o cometimento de um determinado delito, ex-

surge pelo Estado a legitimação para a aplicação de uma pena, de forma atenta aos precitados princípios e todos os demais que, igualmente, compõem a órbita do sistema penal. Os fins declarados desta pena imposta, possuem um dúplice aspecto, pautado no ideário de prevenção, que se subdivide nas modalidades geral e especial.

A primeira delas é norteada pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição, ou a sua aplicação e execução concreta possam produzir no meio social, por intermédio de uma coação psicológica. Já a segunda modalidade é voltada ao próprio indivíduo que sofre com a pena imposta, de forma direta e subjetiva, e tem por escopo desmotivá-lo da prática de novos delitos, fornecendo-lhe caminhos opostos à reincidência.¹²

2.2. Dignidade da pessoa humana como pedra angular dos princípios do Direito Penal

Os princípios pelos quais perpassamos representam concretizações das exigências impostas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, positivado constitucionalmente como elemento fundamental e estruturante de todo o ordenamento jurídico pátrio, na forma do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Trata-se ela de um valor fundante do sistema de direitos fundamentais, culminando no reconhecimento do homem como pessoa e não apenas como cidadão, outorgando-lhe um núcleo de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, como uma verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal.¹³

O reconhecimento da importância da dignidade da pessoa humana é atribuído, originariamente, aos estudos delineados por Immanuel Kant, com sua formulação acerca do reconhecimento da autonomia do ser humano. Segundo o filósofo, o homem é um fim em si mesmo, vedando-se, desta forma, que o mesmo seja utilizado apenas como meio.¹⁴ Nesse mesmo sentido, Kant sustenta que a imposição de uma pena deve se dar, unicamente, em razão de um crime ter sido cometido, e jamais como um meio de “promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil”, pelo fato de o ser humano jamais poder ser tratado a título de meio para fins alheios, por força da proteção que lhe assegura a sua personalidade inata.¹⁵

A dignidade da pessoa humana, como leciona Ingo Sarlet, consiste no reconhecimento de que o ser humano, em virtude, tão somente, de sua

condição biológica e, independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser objeto de reconhecimento e respeito pelos seus semelhantes e pelo Estado, vedando-se que o indivíduo seja tratado como mero objeto.¹⁶

Nos dizeres de Alessandro Zenni, a dignidade consiste na vida em plenitude, é a fonte basilar que deve lastrear toda a positivação, interpretação e aplicação do direito, “sem o que o direito não passará de uma proposta normativa subsumível à artificialidade e à falibilidade”. Zenni ressalta, ainda, que o conceito de dignidade integra o predicado da autotranscendência, ou seja, ela integra o “existir”, presente igualmente no mais miserável dos seres humanos, como no mais abastado dentre eles.¹⁷ A dignidade humana, portanto, está sedimentada pelo respeito à vida, racionalidade e à liberdade da pessoa, sendo ela uma “cerca intangível por parte de toda a regulação jurídica”¹⁸.

O respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundante do Estado democrático de Direito, deve nortear toda a legislação e atuação estatal, em todos os ramos do direito, mormente no Direito Penal, cujas sanções são infligidas justamente em face da liberdade, corolário lógico da dignidade da pessoa humana. Até porque, ao receber o Direito Penal a relevante função de tutela dos bens jurídicos mais relevantes e, simultaneamente, ter a incumbência de limitar o excesso punitivo¹⁹, também ele se demonstra como um instrumento a serviço da ampla proteção da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, portanto, precede o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade legiferante, razão pela qual toda e qualquer lei que culmine na violação deste princípio deverá ser reputada inconstitucional²⁰, afirmação essa que se justifica em razão do caráter central que a tutela da dignidade da pessoa humana assume em nossa realidade constitucional, e em razão da inegável constitucionalização do direito penal, exigindo a superação da aplicação da lei penal pela mera subsunção do fato à norma.²¹

2.3. Da aplicação concreta da lei penal. Dificuldades e incongruências apontados pela criminologia, enquanto ciência empírica.

Muito embora as estruturas basilares do Direito Penal, que devem buscar o seu embasamento no respeito à dignidade da pessoa humana,

não se pode perder de vista que o Direito Penal goza de natureza formal e normativa, na medida em que, como ensina Shecaira, isola um fragmento parcial da realidade, por meio da utilização de critérios axiológicos, de modo que é possível constatar um grande abismo existente entre o plano abstrato do “dever-se”, sobre o qual se debruça o Direito Penal, e o plano empírico do “ser”. As enormes incongruências existentes entre a axiologia do Direito Penal e o plano concreto da realidade fática são aclaradas pela criminologia, ciência empírica que tem por escopo uma aproximação do fenômeno delitivo, visando a obtenção de uma informação clara e precisa do mencionado fenômeno, desprovida, assim, de mediações formais ou valorativas que obstem o seu diagnóstico da realidade.

Em meio à seara criminológica, podemos citar os estudos de Edwin Sutherland, acerca dos crimes de colarinho branco (“White-collar criminality”), cujas conclusões, a despeito de datarem da década de 1940, se mostram extremamente relevantes e atuais. A nomenclatura empregada por Sutherland diz respeito aos delitos praticados no âmbito empresarial, por homens respeitados e de elevada condição socioeconômica, crimes estes que, não obstante possuem um potencial lesivo muito maior do que delitos contra o patrimônio praticados por pessoas de baixa condição socioeconômica, na grande maioria das vezes, sequer chegavam ao conhecimento das autoridades.

Como constatou Sutherland, após um estudo aprofundado sobre os delitos cometidos em meio às grandes corporações, os crimes imputados à classe baixa eram levados a cabo por policiais, promotores e juízes, culminando na aplicação de sanções penais de encarceramento e até mesmo de morte, ao passo que os crimes praticados por integrantes da classe alta, em regra, não sofriam qualquer consequência jurídica ou, quando muito, seus processos tramitavam em cortes civis, e as raras sanções penais impostas tinham a forma de advertências, ordens para cessar com a atividade delitiva, dentre outras de caráter brando, e apenas em casos extremos e notadamente raros, eram impostas penas privativas de liberdade.

A paradigmática obra de Sutherland tem por resultado a materialização da ideia da cifra oculta, que consiste na imensa quantia de condutas classificadas como crimes, que sequer chegam ao crivo do sistema penal. Louk Hulsman, baseando-se na noção da cifra oculta, assenta que “a efetiva criminalização é um fato raro e excepcional”, o que decorre de diversos

motivos, tendo, no entanto, por razão principal o fato da não comunicação de sua ocorrência, pelas próprias vítimas, à polícia.

Deste modo, partindo da premissa de que a criminalização de fatos delitivos consiste em uma exceção estatística e normativa, Hulsman questiona a própria legitimidade da justiça criminal e de todo o seu aparato de princípios e normas:

Tratamentos de tipo não-legal são ‘estatísticos’; ‘normativamente’ (na normativa das pessoas envolvidas), portanto, a ‘legislação’ da regra é uma rara exceção. Sempre foi assim, ainda é assim e, provavelmente será também no futuro. Esta realidade, no entanto, é menos aparente, quando tomamos como ponto de partida o conceito de ‘normatividade’, como é normalmente entendido no debate tradicional da justiça criminal. Só ali, de fato, encontramos uma normatividade em que a justiça criminal é a regra, frequentemente se pressupondo (inconscientemente) que isso seja um dado estatístico – contrariamente a qualquer conhecimento científico.

É possível chegarmos, ainda, a outra conclusão, no sentido de que, partindo do pressuposto de que a criminalização consiste, efetivamente, em uma categoria de exceção à regra, nas raras situações em que se lança mão do sistema penal para se sancionar condutas delitivas, há uma existência prévia de “alvos privilegiados”, como pontua Loïc Waicquant, que são os comumente afetados pela incidência das sanções penais: pessoas de baixa renda, pouca escolaridade e de cor negra e parda.

Podemos verificar a veracidade desta premissa ao analisar o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado em dezembro de 2017, onde se demonstrou que, no mês de junho de 2016, cerca de 63% da população carcerária do Brasil era composta por pessoas analfabetas, com ensino fundamental completo, ou, no máximo, o ensino fundamental completo. Ainda, o mesmo relatório apontou que 64% dos encarcerados no país seriam pessoas de cor negra. Como preleciona Vera Malaguti Batista, perpassando por Alessandro Baratta, a função simbólica da pena e a punição de “certos comportamentos” (o que consiste sempre em algo excepcional, como sustenta Hulsman), serve apenas de disfarce para os mecanismos de controle social duro sobre “os pobres do mundo”, razão pela qual a prisão, na verdade, acaba por agravar ainda mais a desigualdade.

Como se nota, é latente a incongruência existente entre o plano abstrato da norma e seus corolários axiológicos, para com o que aponta a realidade empírica constatada pela criminologia, o que acaba por colocar em xeque até mesmo a própria legitimidade atribuída ao sistema penal como um todo.

2.4. O fenômeno da expansão do Direito Penal, na contramão dos princípios de regência

Contudo, a despeito do que já tratamos no tocante aos princípios axiológicos ínsitos ao Direito Penal, é certo que este, de forma diametralmente oposta à subsidiariedade que lhe deveria ser correlata, como já se mencionou, vem passando por um fenômeno de inequívoca expansão, fato este que decorre de inúmeros fatores, dentre os quais podemos destacar o sentimento de insegurança que permeia a sociedade contemporânea, que muito embora seus notáveis avanços tecnológicos, é assombrada por sentimentos de insegurança, desamparo e inclinação ao pânico, como ressalva Zygmunt Bauman.

Como aduz Silva Sánchez, há uma busca obsessiva pelo Direito Penal, que se consubstancia em movimentos que militam por uma ampliação da proteção penal que possa se opor, ao menos nominalmente, “à angústia derivada da insegurança”. Prossegue o autor apontando para o fato de que, até mesmo as clássicas e mais basilares garantias do Estado de Direito, não apresentam maior importância frente à demanda expansionista do sistema penal, antes pelo contrário, os princípios e garantias inerentes ao Direito Penal são vistos como obstáculos excessivamente rígidos e que devem ser flexibilizados, em prol de uma plena e eficaz incidência do Direito Penal.

Sintomático, nesse contexto de relativização de premissas constitucionais, em prol de uma eficácia punitiva, e em “resposta aos anseios da população”, se revela o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292, onde se chancelou a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em sede de apelação, ainda que sujeito à interposição dos recursos especial e extraordinário, em absoluta contramão com a clareza solar do texto do inciso LVII do art 5º da Constituição Federal de 1988 arta Política, que vincula os efeitos da culpabilidade ao trânsito em julgado da decisão con-

denatória.

Pertinentes se fazem, a propósito, as advertências de Jorge de Figueiredo Dias, quanto à ocorrência massiva de violações de direitos fundamentais, em um contexto de expansão do Direito Penal e de clamor social pelo combate à criminalidade:

É de resto um facto amplamente comprovado nos países mais dados a estudos de sociologia processual penal [...] que sempre que, através de campanhas de ‘luta contra o crime’ e de ‘manutenção da ordem’ ‘a todo o custo’, levadas a cabo por entidades oficiais e secundadas pelos meios de informação, se abala a presunção de inocência do acusado até à condenação, o efeito necessário é a permissão de um sistema informal de ‘justiça penal sem julgamento’ onde, é claro, sofrem irreparável dano as liberdades e garantias do cidadão.

E é em razão deste contexto de expansionismo penal, onde se almeja, a todo custo, a relativização de princípios intrínsecos ao Direito Penal, que exsurge a grande necessidade de se tutelar a manutenção e a reafirmação destes princípios limitadores da intervenção penal, os quais consistem em “verdadeiras barreiras de contenção que se impõem à atuação violenta do Estado, ao utilizar o instrumental penal contra o indivíduo”.

É inequívoca a função contramajoritária exercida por esses direitos fundamentais, que integram o conceito de princípios do Direito Penal, de modo que, nas palavras de Robert Alexy, sua imensa importância acarreta no fato de que a decisão sobre garantir ou não garantir a sua existência não pode ser simplesmente deixada a cargo de uma maioria parlamentar simples e de ocasião.

Diante do que se sustentou até o corrente momento, é possível afirmarmos que há uma grande distância entre o que é assentado pelo Direito Penal, no âmbito de seus princípios e normas, de caráter axiológico, para com o plano ontológico, constatado pelos estudos criminológicos, que traz conclusões de que o sistema penal tem em sua essência elementos claros de seletividade e de excepcionalidade, distância esta da qual não se pode cerrar os olhos e ignorar a sua existência concreta.

No entanto, considerando a inequívoca legitimidade atribuída ao sistema penal pela sociedade como um todo, mormente em um contexto de expansão do Direito Penal que, a priori, deveria se caracterizar por ser a ultima ratio do ordenamento jurídico, é extremamente necessário que

se faça a defesa dos princípios basilares do Direito Penal, os quais, como pondera Juarez Cirino dos Santos, são “indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado”.

Podemos, portanto, remeter novamente às precitadas ideias de Kant, no sentido de que o ser humano jamais pode ser fonte de instrumentalização, ele é o fim em si mesmo, de modo que o Direito Penal deve estrita obediência aos princípios que lhe são correlatos, que concretizem a dignidade da pessoa humana, de modo que qualquer possibilidade de dispensar tratamento ao ser humano, de uma forma que atente contra o seu caráter de pessoa, dotado de inata e inequívoca dignidade, deve ser integralmente rechaçada e afastada.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO: NEGAÇÃO DO DIREITO PENAL

3.1. Adoção da figura de “inimigos” ao longo da história e filosofia

Não obstante os princípios que norteiam o Direito Penal estarem pautados na observância e respeito à dignidade da pessoa humana, o que inclui todos os seres humanos, não havendo qualquer distinção decorrente da prática de delitos, historicamente, é possível observar uma tendência a afastar a própria figura de “pessoa” dos criminosos, tratando-os como efetivos “inimigos” da coletividade, que não seriam detentores das prerrogativas e garantias inerentes às conferidas aos cidadãos comuns.

Na Grécia antiga há um clarividente exemplo de etiquetamento de um determinado grupo de pessoas como sendo “inimigos internos” do Estado: O decreto de Demofanto, tomado pelo povo ateniense em 410 a.C., após a expulsão dos quatrocentos oligarcas que haviam intentado um golpe de Estado:

O texto declara que qualquer um que derrube a democracia ou assuma um cargo fora do regime democrático torna-se inimigo [πολέμιος] público dos atenienses, devendo por isso ser morto, ao passo que o bom cidadão, seu assassino (bem como os cúmplices do assassinato, caso haja algum) deve ser considerado piedoso [εὐαγής]

No direito público romano, Agamben faz menção ao “hostis iudicatio”, exercido pela “auctoritas” do Senado, instituto que trazia consigo a possibilidade de que, em situações excepcionais, onde houvesse ameaça, por um cidadão romano, através de conspiração ou traição, à própria

segurança da república romana, o responsável pela aludida intimidação poderia ser declarado formalmente um inimigo público (*hostis*) pelo Senado. Em razão da imputação da figura de *hostis*, o cidadão era tolhido de todas as prerrogativas do ordenamento jurídico vigente, podendo, a qualquer momento, ser destituído de seus bens e condenado à morte.

No período da inquisição, regido pelo discurso teocrático, como aduz Zaffaroni, o inimigo passou a ser a figura de Satã, o que refletia, indiretamente, em uma grande repressão sobre pessoas que pudessem ser etiquetadas como seus representantes na terra, mormente a figura das bruxas e dos hereges. E em razão disso, surgiu a figura do inquisidor, legitimado para a obtenção da verdade, o que se dava por meio do interrogatório do acusado, onde o inquisidor, em sua sede pela verdade, se não convencido do que lhe era respondido pelo interrogado, poderia fazer, inclusive, o uso irrestrito da tortura.

A ideologia que norteou as práticas inquisitoriais se encontra muito bem alinhavada na obra “O Martelo das Bruxas” (*Malleus Maleficarum*), elaborada pelos monges Heinrich Kramer e James Sprenger no ano de 1487, onde afirmam, a título exemplificativo, que as mulheres seriam o maior canal de ação demoníaca, o que se chancelaria pela concepção criacionista de que Eva teria surgido de uma costela torta de Adão. Em razão disso, adveio a associação que, conseqüentemente, todas as mulheres não poderiam ser retas em sua conduta, ao que estariam os inquisidores legitimados às práticas mais espúrias em face das ditas “bruxas”.

Também no campo do discurso, especial relevo adquire a obra de Thomas Hobbes, onde este atribui a figura de inimigos a um determinado grupo de pessoas. Para Hobbes, se um súdito, por atos ou palavras, viesse a negar a autoridade do soberano, estaria, concomitantemente, abdicando das próprias penas previstas pela lei aos súditos que se submetem à autoridade do soberano. Deste modo, deveria o súdito rebelde, como consequência, ser considerado um inimigo do Estado, contra quem os danos a serem causados não seriam considerados penas, mas efetivamente, “atos de hostilidade”.

Como já se mencionou, a noção de reconhecimento da dignidade da pessoa humana é comumente atribuída a Kant. No entanto, até mesmo na obra do filósofo prussiano é possível encontrar vestígios de atribuição de legitimidade à atribuição de um tratamento punitivo distinto e mais rígi-

do a determinadas pessoas. Em uma das notas de rodapé do seu tratado “Sobre a paz perpétua”, Kant faz menção ao homem ou povo que se encontra em seu “simples estado de natureza”, e não se adequam, em razão disso, às condições do convívio social e convivem em meio à ausência de leis do seu estado, razão pela qual existiria uma legitimidade para obrigar estes dissidentes à concordância com o contrato social ou, caso não houvesse a aludida possibilidade, ao afastamento dos demais membros da sociedade.

Posteriormente, não se pode olvidar da importância do teórico da exceção, Carl Schmitt, no desenvolvimento de uma teoria aplicável aos ditos “inimigos”. O alemão foi o grande responsável por levar a definição do “inimigo” às últimas consequências, como se verifica em sua obra “O Conceito do político”, onde sustenta Schmitt que a própria essência das ações e dos motivos políticos se encontra adstrita à discriminação que se efetua entre amigos e inimigos. Para o teórico de notória inclinação nazista, o inimigo político não precisa ser moralmente mau, ou tampouco esteticamente feio, mas tão somente consistir no “outro”, no “estrangeiro”, havendo, deste modo, a possibilidade de conflitos contra o mesmo. Como aduz Schmitt, por suas próprias palavras:

Os conceitos de amigo e inimigo e luta adquirem seu real sentido pelo fato de terem e manterem primordialmente uma relação com a possibilidade real de aniquilamento físico. A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ontológica do outro ser. A guerra é apenas a realização extrema da inimizade. Ela não carece de ser algo de cotidiano, algo normal, nem precisa ser compreendida como algo ideal ou desejável, contudo precisa permanecer presente como possibilidade real, enquanto conceito de inimigo tiver sentido.

3.2. A sistematização da teoria do Direito Penal do Inimigo por Günther Jakobs. Uma nova “velocidade” do Direito Penal

A grande sistematização da teoria acerca do Direito Penal do inimigo, no entanto, é efetuada por Günther Jakobs, cuja obra é amplamente influenciada pelas premissas defendidas por Hobbes e Kant, acrescidas, ainda, de outros “esboços iusfilosóficos”, nos dizeres do catedrático de Bonn. Jakobs sustenta a coexistência de um Direito Penal do cidadão, que teria por intento a preservação da vigência da norma, conjuntamente ao Direito Penal do inimigo, integrado pela mera coação física a ser imposta

diante do inimigo, considerado um “ente perigoso”, que deveria ser combatido a todo custo.²²

O inimigo, como pondera Jakobs, seria aquele que, pela sua própria existência, não proporcionaria a “garantia cognitiva mínima” aos demais membros da sociedade que integra, requisito este necessário para que lhe fosse atribuído um tratamento condizente com a sua natureza de pessoa. A ausência da aludida garantia cognitiva mínima por este cidadão representa a resistência do indivíduo a adentrar em um estado de cidadania, de modo que não poderia este participar dos próprios benefícios atinentes ao conceito de pessoa.²³

Como ressalta Ionilton Pereira do Vale, ao perpassar pela obra de Jakobs, o inimigo delineado pelo teórico alemão não se confundiria com o inimigo opositor ideológico e político do Estado, o qual é histórico e polarizado por interesses diversos, mormente por motivos econômicos, étnicos ou religiosos. Os inimigos visados pelo Direito Penal do Inimigo seriam aqueles que se afastaram da vigência normativa de uma forma mais ou menos definitiva e irredutível e que não forneceria ao Estado uma garantia, através de um comportamento fiel ao direito, socializante, com condições empíricas de integrar-se ao Estado de Direito.²⁴

A consequência do reconhecimento da natureza de “inimigo” para determinadas pessoas é um óbvio questionamento dos princípios mais básicos e fundamentais do próprio Direito Penal, decorrentes da vinculação ao respeito da dignidade da pessoa humana, que deveria nortear a atuação da *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Para Jakobs, frente a um terrorista, um inequívoco inimigo da sociedade, o respeito à própria condição humana deste criminoso poderia consistir em uma “atadura” imposta ao Estado, que obstaria “aquilo que tem que ser feito” contra aqueles acusados de práticas terroristas, como os atentados de 11 de setembro de 2001, que ganham especial destaque pelo autor.²⁵

Uma das características mais marcantes da distinção existente entre as duas tendências possíveis do Direito Penal, na obra de Jakobs, consiste na punição dos atos preparatórios de crimes, a qual, no modelo imposto ao “cidadão”, não se aplicaria, na medida em que se espera até que este exteriorize sua conduta para reagir, visando a confirmação da ordem normativa da sociedade. No entanto, ao adentrar na seara do Direito Penal do Inimigo, a punição dos atos preparatórios se faz necessária, na medida em

que o inimigo deve ser “interceptado já no estado prévio”, uma vez que o que se combate é a sua periculosidade.²⁶

Jakobs afirma, categoricamente, que o Direito Penal do Inimigo consistiria em uma efetiva guerra em face dos inimigos, que seriam verdadeiras “não pessoas”, de modo que incumbiria ao Estado a sua “neutralização”, nos dizeres do autor. O professor da Universidade de Bonn afirma que: “o direito penal de inimigos é, portanto, uma guerra cujo caráter limitado ou total depende (também) de quanto se tema o inimigo”. Há uma clara tentativa, como se nota, de despersonalização dos ditos inimigos, ao fito de que não tenham, aqueles assim definidos, qualquer reconhecimento de sua humanidade. Seriam eles um mero “entorno perturbador”, como sustenta o autor.²⁷

Silva Sánchez atribui ao Direito Penal do Inimigo, na forma sistematizada por Jakobs, a definição de Direito Penal de Terceira Velocidade, onde haveria uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais aos crimes praticados por aqueles etiquetados como “inimigos” da civilização (que ultrapassaria os limites impostos pelo Direito Penal “clássico” ou tradicional, considerado de Primeira Velocidade).²⁸

Consistiria esta teoria em um efetivo “não Direito”, ou seja, uma pura reação defensiva que, para o teórico espanhol, somente se justificaria perante fenômenos excepcionalmente graves, situações de conflitos que se distanciam de forma demasiada da normalidade, onde o Direito Penal dito de terceira velocidade consistiria em um “mal menor”, diante da gravidade da situação em concreto. No entanto, Sánchez arremata que os Estados não vêm observando esta lógica, na medida em que vem incorporando, gradativamente, em seus respectivos ordenamentos, o Direito Penal do Inimigo, diante de brandas emergências, que não justificariam que se adotassem medidas tão extremas e de tamanha gravidade.²⁹

Diante do que foi exposto, podemos extrair conclusões que indicam no sentido de que embora existam primados civilizatórios inerentes ao Direito Penal, que deveria prestar estrita observância ao respeito da dignidade da pessoa humana, historicamente, é possível verificar que a adoção de um tratamento diferenciado a determinadas pessoas, em razão de distintos motivos, não se mostrou uma prática isolada, pelo contrário: consistia em uma certa praxe o etiquetamento de determinadas pessoas

como inimigos do Estado.

Outrossim, no campo teórico, com lastro nas premissas desenvolvidas, por exemplo, por Hobbes, Kant e o alemão Carl Schmitt, dentre outros, sistematizou-se, por intermédio do alemão Günther Jakobs, a dicotomia entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, que, contrariamente, aos princípios e regras basilares do primeiro, seria empregado, unicamente, como uma forma de neutralização daqueles que não fornecessem aos demais membros de uma sociedade a “garantia cognitiva mínima” necessária a que recebesse um tratamento condizente com a natureza humana.

Há que se indagar, no entanto, se é realmente possível e legítima, no âmbito de um Estado de Direito, que deve guardar um nexos de interdependência para com o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais, a adoção do modelo idealizado por Jakobs, no sentido de que pessoas sejam consideradas como meros “entes perigosos”, desprovidas do reconhecimento dos mais basilares direitos fundamentais, indagação sobre a qual nos debruçaremos em sequência.

4. DA INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO DE “INIMIGOS” PELO ESTADO DE DIREITO

Ao contrapormos os princípios basilares do Direito Penal, mormente no que diz respeito ao respeito à dignidade da pessoa humana, para com teoria estruturada por Jakobs, aonde se chega a um extremo de desconsiderar, dos ditos “inimigos”, a sua própria natureza de pessoas, de modo a possibilitar que sejam estes objetos de uma “neutralização” por parte do Estado, tem-se um natural questionamento quanto à (im)possibilidade de, como sustenta Jakobs, coexistirem em uma mesma sociedade o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, cuja resposta, em nosso modesto entendimento, é no sentido de que as premissas de Jakobs não podem ser adotadas no âmbito do Estado de Direito, cuja própria existência é atrelada ao respeito dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, como arremata Paulo Bonavides: “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”.³⁰

André Callegari, nesse contexto, preconiza que esta modalidade de Direito Penal de exceção, defendida pelo teórico alemão, constituiria uma afronta aos princípios liberais mais basilares do Estado de Direito. Como

esclarece Callegari, a partir do momento em que se chancela ao Estado a possibilidade de uma “violação com justificação excepcional” de elementares direitos de um infrator, por mais grave e desumana que tenha sido sua conduta, abre-se um perigosíssimo precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com lastro na justificativa de se proteger os cidadãos.³¹

Como aponta Callegari, não se faz possível a separação, no âmbito de um Estado de Direito, estritamente vinculado a princípios como os da legalidade e da igualdade, de seres humanos, de acordo com categorias de “cidadãos” e “inimigos”, de modo a suprimir, destes últimos, de forma desmedida, seus direitos e garantias fundamentais³². É necessário que se respeite o princípio da humanidade das penas aplicáveis a todos os cidadãos, como se extrai das lições de Zaffaroni³³, mencionada nas preambulares palavras deste artigo: não é possível que coexistam em um mesmo sistema, “cidadãos de segunda”, de modo contrário ao que se verifica em meio à obra de Jakobs, que atribui aos considerados inimigos consequências ainda mais drásticas do que a ressalva do jurista argentino, posto que o alemão prega a coexistência de “não-pessoas”, ou seja, abaixo até mesmo do que se poderiam ser considerados os ditos “cidadão de segunda” mencionados por Zaffaroni.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Luis Gracia Martin, que enfatiza que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana estaria em um conflito insanável diante da instrumentalização do ser humano que é proposta por Jakobs:

Na medida em que o Direito Penal do inimigo for apenas força e coação físicas para a imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser deslegitimada e invalidada de modo absoluto. O horizonte da democracia e do Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos. O Direito Penal do inimigo não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito, porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e um Estado totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo.³⁴

Como se nota, o que propõe Jakobs, ao sustentar que a vigência da norma e a “segurança cognitiva”, que deve ser fornecida pelo indivíduo,

assumam um papel de protagonismo, é que o discernimento do indivíduo e a finalidade de sua atuação assumam um caráter de irrelevância, tornando despidiêda a capacidade volitiva do ser humano no âmbito de práticas delitivas. Trata-se de uma proposta que destoa do tratamento do homem como um ser dotado de fins absolutos, atentando, em razão disso, contra a sua própria dignidade, pois simplesmente desconsidera a natureza racional do homem, razão pela qual não pode ser admitida.³⁵

Há, ainda, uma outra crítica que recai sobre a tese desenvolvida por Jakobs, que se relaciona com a indefinição conceitual do que viriam a ser os “inimigos”, legitimados à imputação das medidas de neutralização que seriam incorporadas pelo Direito Penal do inimigo.

O grande perigo desta indefinição consiste no fato de que: quando estes destinatários de um tratamento diferenciado não podem ser claramente identificáveis e individualizados, mas consistem em pessoas que se diluem junto à totalidade populacional, cujo etiquetamento enquanto inimigos somente ocorreria no bojo de uma perseguição criminal, onde o Estado, automaticamente, poderá limitar garantias e liberdades individuais de todos os cidadãos, que seriam igualmente afetados em meio às diligências para a identificação e contenção dos inimigos, como aponta com clareza Zaffaroni.³⁶

Surge, em razão disso, o natural questionamento acerca de qual seria o momento em que o inimigo, que é, em princípio, uma pessoa, perderia sua condição de humanidade aos olhos do Estado, que passaria a ter, após a necessária “transição”, legitimidade para o sofrimento de arbitrariedades de todo o tipo, na medida em que o se pratica em face do inimigo, como defende Jakobs, é a própria guerra.

As inconsistências de na teoria do Direito Penal do Inimigo no que diz respeito a uma distinção entre “cidadãos” e “inimigos” são evidentes, inicialmente pelo fato de que deve se considerar que as “não-pessoas”, ou inimigos, antecedem a incidência do Direito Penal do inimigo, “pois do contrário seria o próprio Direito Penal do Inimigo que construiria esse conceito de um modo completamente autorreferente e, por isso mesmo, circular”³⁷, na medida em que o sistema de Jakobs está sedimentado, justamente, no reconhecimento e na segregação das “não-pessoas”.

Jakobs sustenta que o inimigo se caracterizaria por adotar uma conduta “reiteradamente contrária à norma”,³⁸ ou seja, a expectativa quanto

ao seu comportamento pessoal se encontra “defraudada de maneira duradoura”.³⁹ No entanto, a violação à norma somente pode ocorrer por aquele que é o seu efetivo destinatário, e, como reconhece a teoria do Direito Penal do inimigo, só pode ser considerado destinatário da norma uma pessoa, ou um “cidadão”, nos dizeres do alemão. E para que se comprove a violação ao previsto pela norma, o infrator deverá ser naturalmente submetido a um processo penal, assistido, inclusive, por todas as garantias que lhe são correlatas, como, por exemplo, a da presunção de inocência, ou de estado de inocência, como preferimos denominá-la, com amparo em Pacelli.⁴⁰

Perpassando por estas contradições, Gracia Martin⁴¹ pondera que: se de acordo com os postulados mais básicos do Direito Penal do inimigo, todo aquele que é julgado pelo Direito Penal do cidadão, assim o é em sua condição de pessoa, e se a própria pena que é imposta ao condenado por esse Direito não o retira o *status* de cidadão, nem tampouco sua condição de pessoa, não haveria, neste contexto, indivíduos desprovidos de sua condição de pessoa e que preexistam logicamente a uma possível normatização e aplicação do Direito Penal do inimigo.

Diante destas constatações, a conclusão a que se chega é de que o Direito Penal do inimigo só poderá existir, partindo de que se admita a existência prévia de pessoas, o que torna a própria coexistência entre dois tipos ideais de Direito Penal, um aos “inimigos” e outros aos “cidadãos”, uma verdadeira ficção, tornando impraticável a dissociação entre o dito cidadão, para com o inimigo conceituado por Jakobs.

No que tange à base teórica utilizada por Jakobs, antes de introduzir sua teoria acerca do Direito Penal do inimigo, é de se causar alguma estranheza a fundamentação de seus apontamentos em meio a algumas obra de Kant, precursor do ideário da dignidade da pessoa humana, onde Jakobs cita um trecho da obra “A Paz Perpétua”, no qual Kant faz alusão ao povo que não se encontra em acordo com as condições do convívio social, de modo que poderia ser compelido à concordância com o contrato social. O professor catedrático da Universidade de Bonn remete, ainda, a outros “esboços iusfilosóficos” de teóricos do contrato social, como Rousseau, Fichte e Hobbes, que sustentariam, na visão de Jakobs, a legitimidade na implementação de um Direito Penal do inimigo. No entanto, como ressalta Bruno de Moraes Ribeiro⁴², não se pode admitir que, do conjunto das

obras de Rousseau, Fichte e Kant, surja o embasamento pretendido por Jakobs. Isso porque os três precitados teóricos representam a filosofia política iluminista, a qual, em linhas gerais, esteve na base do Direito Penal liberal, que visava limitar o poder punitivo estatal, razão pela qual, em princípio, não poderiam ser empregados, como fizera Jakobs, para fundamentar uma concepção do Direito Penal do inimigo, na medida em que este representa, basicamente, uma tendência completamente autoritária e de expansionismo do poder punitivo estatal, justamente o que visava o Direito Penal clássico combater. O pensamento de Jakobs, dentre os autores a que faz remissão, só encontraria respaldo na obra de Thomas Hobbes, que ao ser analisada como um todo, sistematiza perfeitamente a concretização da ideia de inimigo na figura do súdito que não se submetesse às ordens do soberano.

Uma outra constatação muito pertinente é traçada por Bruno de Moraes Ribeiro⁴³, que verifica uma grande semelhança entre os postulados de Jakobs para com o sustentaram os teóricos do Positivismo Criminológico, principalmente no que diz respeito a Raffaele Garofalo e sua “eliminação absoluta”. Isso porque, ao se admitir que os “inimigos” estejam à margem dos ditames do Estado de Direito, permitindo-se que se faça com eles “o que tem que ser feito”, sem dizer, no entanto, o que teria de ser feito, Jakobs abre margem para que se concretize o absoluto genocídio que defendia o positivista Garofalo, mediante o fundamento de que: “o fim da eliminação é conservar o organismo social pela extirpação dos seus membros inidôneos”.⁴⁴ Como sustentava o aristocrata italiano, a lei seria cumprida ao ser realizada a eliminação física, mediante a lei da seleção natural, impedindo, deste modo, que sociedade em seu conjunto viesse a se degenerar.⁴⁵

Como se nota, os fundamentos delineados por Jakobs para a estruturação do Direito Penal do inimigo não se coadunam com períodos de normalidade e com os princípios que regem o Estado de Direito, principalmente no que tange ao respeito à dignidade da pessoa humana. Há, ainda, severas inconsistências teóricas no que diz respeito à distinção entre “cidadãos” e “inimigos” idealizada pelo alemão, e, ainda, a grande indefinição de quais seriam as medidas excepcionais a serem impostas em face dos ditos inimigos, consiste em uma verdadeira carta branca ao Estado para que promova, em face daqueles assim etiquetados, as maiores

barbaridades imagináveis.

O Direito Penal do inimigo, assim como qualquer medida característica da exceção, invoca uma “necessidade” - que, no caso, é consubstanciada na ausência de garantia cognitiva mínima pelos inimigos m face da sociedade a que pertencem – que não conhece lei nem limites para a sua atuação.⁴⁶

Remetemos, ainda, aos ensinamentos de Cancio Meliá, que assenta que, em nossas sociedades, fundadas sob a ótica do Estado de Direito e seus princípios, não se faz possível que se exclua a atribuição da qualidade de pessoas, ainda que infratores de normas penais, sem que se promova uma efetiva ruptura na ordem da normalidade do Estado de Direito.⁴⁷

Por fim, para bem sedimentar a digressão constante no presente artigo, remetemos às lições de Fabio Roberto D’Avila:

Ora, não é crível que, como bem afirma Prittwitz, expressões como ‘não-pessoa’ continuem a ser utilizadas após 1945, ou que, na lúcida observação de Albrecht, a noção de dignidade humana, enquanto bem universal da civilização, possa ser hoje tão facilmente cindida, na forma de uma seletiva exclusão, de modo simplesmente a permitir a obtenção de fins político-criminais estabelecidos pelo Estado.⁴⁸

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se, em um primeiro momento, salientar para o fato de que o Direito Penal, para que seja eivado de legitimidade, deve observância a uma série de princípios, os quais buscam o seu embasamento maior no respeito à dignidade da pessoa humana, preceito fundante do Estado de Direito.

Dentre os aludidos princípios, destacamos o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, por força do qual o Direito Penal somente deve ser acionado nos casos extremos, aos quias os demais ramos do ordenamento jurídico não imponham a resposta necessária. Isso porque a restrição da liberdade de um indivíduo, como consequência da violação da norma penal incriminadora, é fruto de um sopesamento entre a liberdade e um outro valor relevante para a sociedade, de modo que somente poderá ter prevalência o valor distinto da liberdade em situações de natureza excepcional, onde haja uma ofensa a bens jurídicos munidos de uma

grande relevância para a aludida sociedade.

Estabelecidas as premissas no campo axiológico da norma penal abstrata, quando nos debruçamos sobre a realidade concreta da aplicação da lei penal, que nos é demonstrada por meio da criminologia, constata-se que muitos dos elementos basilares do Direito Penal não são aplicados concretamente, revelando-se o sistema penal como um meio de reprodução de intervenções penais de ordem extremamente seletiva, e, em muitos casos, excepcional, em vista do fenômeno da cifra oculta da criminalidade.

Todavia, muito embora as críticas autorizadas pelas conclusões criminológicas, por certo que a defesa dos princípios basilares do Direito Penal não pode ser abrandada, haja vista que se revela essencial para a manutenção dos direitos fundamentais face ao poder punitivo e como modo de contenção para a preservação do respeito à dignidade da pessoa humana, mormente em tempos em que a retórica punitivista clama pela relativização e deturpação de muitas das garantias penais, asseguradas em processos históricos extremamente custosos.

E mediante o estabelecimento de todas essas conclusões, é que se demonstra que a incompatibilidade da construção de um Direito Penal do inimigo, nos moldes da construção teórica de Jakobs, onde se asseguraria ao Estado que dispensasse a determinadas pessoas, por não fornecerem elas a “garantia cognitiva mínima”, tratamento penal totalmente dissociado ao que é atribuído ao restante de população, e sem nenhum compromisso com a dignidade da pessoa humana.

A retórica dos argumentos do Catedrático de Bonn, embora possua antecedentes históricos trilhados ao longo do presente artigo, não encontra campo no âmbito do Estado Democrático de Direito, cujo princípio fundante é o respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALTOÉ, Rafael. *Política criminal e direitos fundamentais. Novas tendências*

penais, força normativa e horizonte das liberdades individuais na pós-modernidade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

ANITUA, Gabrcriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC. 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luis. *Direito Penal do inimigo e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais - vol. 862/2007. Agosto, 2007.

CARVALHO, Gisele Mendes de. CARVALHO, Érika Mendes de. *Alguns aspectos da dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana*. In: Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line], organização CONPEDI Coordenadores: Carlos Victor.

COSTA, Lorena Lopes da. *As Dificuldades de Atenas para o retorno à democracia depois do golpe dos Quatrocentos*. Revista Hélade. UFF, Rio de Janeiro-RJ, Brasil, agosto de 2017. ISSN 1518 2541

D'AVILA, Fabio Roberto. *O direito penal secundário. Sobre o fundamento e a legitimidade do direito penal nos novos espaços de intervenção*. In. D'AVILA, Fabio Roberto. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito*

penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Editora Revista dos Tribunais; Coimbra [Portugal]: Coimbra Editora, 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória*. In Revista de Direitos e Estudos Sociais, 18, 1971

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987

GAROFALO, Rafael. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Tradução: Julio de Mattos. 4ª ed. Lisboa: Clássica, 1925

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*; Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Ebook. Portugal: Le Livros.

HULSMAN, Louk. *Alternativas à justiça criminal*. in PASSETI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal* – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu

José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther. *La ciência del derecho penal ante las exigencias del presente*. Tradução: Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico*. Tradução: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução: Afonso Bertagnoli. São Paulo: Brasil Editora, 2004 (Ebook).

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Núria Fabris

KRAMER, Heinrich, SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Tradução: Paulo Fróes; 1ª ed. -Rio de Janeiro: BestBolso, 2015. (Ebook).

MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo?* In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel

Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

MONTEIRO, Rodrigo de Oliveira; CARVALHO, Gisele Mendes de. *O direito penal do inimigo face à dignidade humana e seus traços no direito penal pátrio*. Revista de Ciências Jurídicas –UEM, v. 6, n. 2, jul./dez. 2008

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011pág

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social e “direito penal do inimigo”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução: Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

SEGUÍ, Ernesto. *Limites al poder punitivo, coercitivo y normativo deel Estado*. Rosario: Juris, 1993

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. American Sociological Review, Vol. 5, No. 1. Fevereiro, 1940.

VALE, Ionilton Pereira do. *O Direito Penal do Inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos*. Revista dos Tribunais. vol. 909. Julho, 2011.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl.. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. *O direito na perspectiva da dignidade humana: transdisciplinariedade e contemporaneidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

'Notas de fim'

1 FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987 – p. 8 a 85 (Ebook).

2 BECCARIA Cesare Bonesana, Marchesi di. Dos delitos e das penas. Tradução: J.

Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006 – p. 76-78.

3 Ibidem - p. 31-33.

4 FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2011 - p. 131

5 D'AVILA, Fabio Roberto. O direito penal secundário. Sobre o fundamento e a legitimidade do direito penal nos novos espaços de intervenção. In: D'AVILA, Fabio Roberto. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Editora Revista dos Tribunais; Coimbra [Portugal]: Coimbra Editora, 2006 – p. 86-87

6 PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 – p. 50-53.

7 GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 – p. 39.

8 SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007 – p. 101-102

9 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006 – p. 38 a 39.

10 Ibidem – p. 785-786

11 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 11ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – p. 165.

12 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral – 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 – p. 554.

13 CARVALHO, Gisele Mendes de. CARVALHO, Érika Mendes de. Alguns aspectos da dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana. In: Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line], organização CONPEDI Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

14 KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. Tradução: Afonso Bertagnoli. São Paulo: Brasil Editora, 2004 – P. 69 (Ebook).

15 KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003 – p. 174 a 175.

16 SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015 – p. 100-101

17 ZENNI, Alessandro Severino Valler. O direito na perspectiva da dignidade humana: transdisciplinariedade e contemporaneidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011 – p. 104 a 106

18 SEGUÍ, Ernesto. Limites al poder punitivo, coercitivo y normativo deel Estado. Rosario: Juris, 1993 – p. 78

19 ALTOÉ, Rafael. Política criminal e direitos fundamentais. Novas tendências penais, força normativa e horizonte das liberdades individuais na pós-modernidade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017 – . 114

20 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 11ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – p.

166

21 KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito Penal Constitucional e Exclusão Social. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010 – p. 130

22 JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

23 Ibidem – p. 35.

24 VALE, Ionilton Pereira do. O Direito Penal do Inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. Revista dos Tribunais. vol. 909. Julho, 2011 – p. 165-186.

25 JAKOBS, Günther. Op. Cit. – p. 36-37

26 Ibidem – p.37

27 JAKOBS, Günther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Tradução: Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000 – p. 29-31.

28 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. Cit – p. 188-193.

29 Ibidem – p. 196-197

30 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001 – p. 373

31 CALLEGARI, André Luis. Direito Penal do inimigo e direitos fundamentais. Revista dos Tribunais - vol. 862/2007. Agosto, 2007 - p. 429 – 442.

32 Ibidem

33 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 11ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – p. 165.

34 GRACIA MARTÍN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo; Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – p. 156.

35 MONTEIRO, Rodrigo de Oliveira; CARVALHO, Gisele Mendes de. O direito penal do inimigo face à dignidade humana e seus traços no direito penal pátrio. Revista de Ciências Jurídicas – UEM, v. 6, n. 2, jul./dez. 2008.

36 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução: Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011 – p. 116 a 117.

37 GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cit. – p. 156-157

38 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit. – p. 36

39 Ibidem – p. 34

40 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017 – p.39-40 (Ebook)

41 GRACIA MARTÍN, Luis. Op. Cit. – p. 158

42 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa social e “direito penal do inimigo”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 – p. 56-57.

43 Ibidem – p. 85-86

44 GAROFALO, Rafael. Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Tradução: Julio de Mattos. 4ª ed. Lisboa: Clássica, 1925. – p. 310-311.

45 ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Tradução: Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 – p. 315

46 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução: Sérgio Lama-

ção. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011 – p. 161

47 MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 – p. 79

48 D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009 – p. 45.

